

BUENA FE, ABUSO DEL DERECHO Y COMPRAVENTA *

RAUL TITO CASO

Profesor Titular de Derecho
Comercial IV

ANGEL JULIO FIGUEREDO

Ayudante Diplomado de Derecho
Civil I

CARLOS A. PARELLADA

Ayudante Diplomado de Derecho
Civil II

I. – Introducción

La ley de Reforma al Código Civil introdujo en el ámbito de la normativa de las obligaciones y los contratos una serie de instituciones destinadas a moderar las consecuencias rigurosas de los principios liberales inspiradores de la originaria redacción del Código de Vélez; se receptan así las instituciones de la lesión subjetiva (art. 954), el abuso del derecho (art. 1071) y la teoría de la imprevisión (art. 1198).

Años más tarde, luego de un período de inoperatividad de tales institutos, se produce un fenómeno económico inusitado. El paquete de medidas económicas instrumentadas por el ministro de Economía en junio de 1975 provoca un marcado agravamiento de la espiral inflacionaria que, desde mucho tiempo atrás, afectaba a la economía argentina con desarrollo más o menos acelerado en unos períodos que en otros. Se reconoce entonces que la inflación —con su poder destructivo del valor adquisitivo de la moneda— puede tener un origen estructural o coyuntural ¹. El "Ro-

* Ponencia presentada en la "IV Jornada Científica de la Magistratura Argentina", realizada en Mar del Plata en setiembre de 1980.

1 MOISSET DE ESPANES, Luis: **Vicios de la Contratación**, en "Contratación Inmobiliaria", Bs. As., Hammurabi, 1980, p. 90.

drigazo", como se diera en llamar aquel fenómeno, despertó la conciencia de los jueces —repetidamente incentivada por una rica contribución doctrinaria— llevándolos a cumplir una profecía de Hirachberg, quien presagiaba que en épocas de crisis el principio nominalista sería dejado de lado y se optaría por una revaluación de las deudas dineradas, antes que por el principio valorista ². En nuestro país ante la inactividad legislativa, los tribunales —no sin grandes disensiones, al principio— adoptaron el criterio de la revaluación, siguiendo al más Alto Tribunal del país, a través de una larga serie de plenarios ³. Sin embargo, la solución no resulta indiscutida en todos los ámbitos y siguen proponiéndose soluciones valoristas más o menos atemperadas ⁴.

El tema propuesto por esta destacada Asamblea apunta en forma indubitable al problema que viene planteándose, en los asuntos sometidos a la Magistratura argentina, cuando el comprador reclama la escrituración o transferencia de un bien, ofreciendo el pago del saldo del precio nominal, pese a que el transcurso del tiempo y la escala inflacionaria han deteriorado gravemente el poder adquisitivo de aquél, lo cual conlleva a que el vendedor se ve en la necesidad de desprenderse de la propiedad de la cosa sin una contraprestación equilibrada o equivalente.

Para el estudio de la cuestión, es preciso circunscribir nuestro análisis a los casos en que a) existe una inflación estructural, o b) que cuando ocurrió la estampida hiperinflacionaria, el vendedor ya se encontraba en mora, pues de lo contrario podría invocarse la teoría de la imprevisión; lo cual convertiría en superfluo acudir al principio de buena fe o al abuso del derecho.

Pero aún clarificada la espinosa cuestión propuesta ha de quedar pendiente la dilucidación si la negativa de amparo judicial puede ser declarada de oficio, a cuyo efecto se hace necesario repasar las nociones del principio dispositivo, en sus vertientes o subprincipios de congruencia y contradicción, como garantías de la defensa en juicio y en su caso, si la mantención del negocio justifica disponer un equitativo reajuste del precio.

II. — Tesis que postula el reajuste equitativo de las prestaciones dinerarias a pesar de la mora del acreedor

Una importante corriente de opinión sostiene esa posibilidad fundándose en los siguientes argumentos:

-
- 2 RIASCURERO, Eliyahu: El Principio Nominalista, Bs. As., Depalma, 1976, traducción de Jorge Manuel Roimicar y Mónica C. Cohén de Roimicar, p. 106.
 - 3 C.S.N., 23-9-76, en J.A., 1976 - IV, p. 368; C. N. Com. en pleno, 13-4-77, en J.A., 1977 - II, p. 338; C. Nac. Civ. en Pleno, 9-9-77, en J.A., 1977 - IV, p. 3.
 - 4 En el plenario de la Cámara Nacional Civil los Dres. Padilla y Cichero sostuvieron una posición abiertamente valorista con fundamento en la equidad, dejando amplitud de apreciación al juez. Por su lado, el Dr. Fleiss postuló que además del presupuesto de la mora del deudor se aludiese alternativamente a la ilegítima conducta del mismo.

- a) El acto jurídico debe tener objeto-fin individual y objeto-fin social, y este último supone que las partes mantienen la incolumidad de la regla moral. "Este objeto-fin social no existe cuando en la etapa de ejecución del contrato se desconoce la regla moral o se ofenden las buenas costumbres" ⁵. El respeto debe existir no solamente al momento de la concertación del negocio sino también en la etapa de cumplimiento.
- b) "No es leal, honesto o probo pretender enriquecerse a costa de la contraparte, aún cuando ella haya incurrido en mora" ⁶.
- c) La disminución patrimonial que opera en el patrimonio del vendedor tiene un matiz sancionatorio de su propia mora, pero a diferencia de lo que ocurre cuando la imposibilidad de cumplimiento deriva del caso fortuito, en el cual la cosa peca total o parcialmente, cuando se deprecia la prestación dinerada en el patrimonio del comprador, éste aprovecha acrecentando su patrimonio mediante el ingreso de un bien valioso y el egreso de dinero depreciado ⁷.
- d) La sanción al comportamiento del moroso no puede abarcar consecuencias casuales ni acontecimientos que hubieran acaecido aún sin que el vendedor incurriese en mora, tal como ocurre cuando el fraccionamiento en cuotas del precio provocaría la incidencia del deterioro monetario en forma ineludible ⁸.
- e) Lo abusivo radica en la pretensión de lograr la escrituración mediante el pago de un precio vil o irrisorio, pues importaría consagrar un verdadero despojo ⁹.
- f) Compromete la buena fe objetiva la pretensión de ejecutar el contrato que ha perdido la base del negocio por alteración de las circunstancias ¹⁰.

5 SPOTA, Alberto G.: Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación, en L.L. 1976 - D, p. 199. C. 29 Civ. y Com. La Plata, Sala 1ª, 14-8-79, J.A., 1930 - I, p. 15, C. Nac. Civ., Sala E. 12-8-77, en J.A., 1978 - II, p. 151.

6 MOSSET ITURRASPE, Jorge: Justicia, Seguridad y Mora del Contratante, en L.L., 1978 - D, p. 487.

7 MAGGI, Juan Carlos: Mora del Vendedor, Desvalorización Monetaria y Saldo de Precio, en L.L., 1979 - B, p. 1106; C. Nac. Civ., Sala E, 8-8-77 - D, p. 462 o J.A., 1978 - I, p. 505; C. Nac. Civ., Sala A, 17-3-78, en L.L., 10-9-79, p. 14, N° 35.248-S, Cám. Nac. Sala E, en L.L., 4-9-79, p. 5.

8 MOSSET ITURRASPE, J.: op. cit., en L.L., 1978 - D, p. 493.

9 C. Nac. Civ., Sala A, 12-8-77. J.A. T° 1978 - II, p. 151, C. Apel., Junín, 19-4-79, en J.A., 1980 - I, p. 76 C. Nac. Civ., Sala A, 19-6-79, en J.A., semanario del 11-6-80, p. 38, fallo N° 29.429.

10 MORELLO Augusto M.: Mora y Buena Fe Objetiva en el Cumplimiento del Contrato de Compraventa, en J.A., 1978 - I, p. 508 (*).

10 (*) PORTELLA, Jorge Guillermo: La Revisión del Contrato a la luz del equilibrio de las prestaciones y la Justicia Conmutativa, en L.L., 1979 - C, p. 357.

- g) Por vía del estricto cumplimiento de lo pactado podría desnaturalizarse el carácter oneroso del contrato, convirtiéndolo en aleatorio¹¹.
- h) La jurisprudencia plenaria sobre reajuste de deudas dinerarias no puede interpretarse restrictivamente, sus conclusiones se refieren al ámbito obligacional; en materia contractual se comprometen otros principios¹².

En base a tales argumentaciones, se postulan distintas soluciones, que pueden sintetizarse en las siguientes:

- A) alguna jurisprudencia entiende que por razones de equidad y encontrándose ante la violación de la regla moral, corresponde disponer el reajuste del precio, a fin de restablecer parcialmente el equilibrio de las prestaciones, reconstruyendo la base negocial destruida¹³. Se apela, asimismo, a la invocación del abuso en el ejercicio del derecho.
- B) Se ha postulado, también, que atento la análoga naturaleza sancionatoria de la obligación de soportar los riesgos del contrato por parte del moroso y de la cláusula penal cabría echar mano de la facultad moderadora otorgada al juez por el art. 656 del C.C.¹⁴, repartiendo las consecuencias entre ambas partes.
- C) Por otro lado, se ha propiciado que en casos excepcionales, se use de la facultad que confiere el art. 1069 C.C., tomándose en cuenta el escaso patrimonio del vendedor y, en consecuencia, atenuar la situación realizando un reajuste que permita enfrentar los gastos que ha de soportar a raíz de la condena a escriturar y un pequeño plus. Se argumenta que de esta manera no se ignora la culpa que ha determinado la mora del vendedor¹⁵.

III. — Tesis que postula la inadmisibilidad del reajuste cuando existe mora del vendedor

Frente al criterio que hemos reseñado, emerge una postura restrictiva que interpreta que no es admisible el reajuste del precio cuando el ven-

11 DE LOS MOZOS, José Luis: **El Principio de la Buena Fe**, Barcelona, Bosch, 1965, p. 173; Morello, A. M., ob. cit. en nota anterior; C. N. Civ., Sala E, 8-8-77, en L.L., 1977 - D, p. 402 o J.A., 1978 - I, p. 505.

12 MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., L.L., 1978 - D, p. 492; GUGLIARDO, Mariano: **La Mora y el Reajuste del Precio en la Compraventa Inmobiliaria**, en E.D., Tº 80, p. 279.

13 C. Nac. Civ., Sala F, 18-7-79, en L.L., diario, 27-9-79, p. 13, Nº 77.582; C. Nac. Civ., Sala E, 18-8-77, en J.A., Tº 1978 - II, p. 151; GAGLIARDO, Mariano: **Reajuste equitativo de Prestaciones Dinerarias**, en E.D., Tº 82, p. 859.

14 MAGGI, Juan Carlos, op. cit., L.L., 1979 - B, p. 1106.

15 RAMIREZ, Jorge Orlando: **Efectos de la Inflación en la Compraventa Inmobiliaria**, Bs. As., Depalma, 1979, p. 87 y ss.

dedor se encuentra en situación de mora, la cual se apoya en las siguientes razones:

- a) La doctrina plenaria fijada por las Cámaras Nacionales en lo Civil ¹⁶ y Comercial ¹⁷ es aplicable al precio de la compraventa, pues es una obligación dinerada. Por tanto, existiendo mora por parte del acreedor y no estando en mora el deudor, no corresponde reajuste alguno ¹⁸.
- b) La excesiva onerosidad sobreviniente no es invocable por el deudor en mora ¹⁹.
- c) Sobre el moroso pesan los riesgos que acechan a la prestación desde que se encuentra en la situación de retardo imputable. Estando en ella el acreedor de la prestación dinerada, sobre él pesa la depreciación ocurrida por causa ajena a la conducta del deudor ²⁰.
- d) No puede verse un ejercicio abusivo del derecho del comprador no moroso cuando reclama el cumplimiento del contrato frente a la negligencia, obstáculos y resistencia de la otra parte ²¹.
- e) El art. 1071 C.C. no autoriza al juez a efectuar el reajuste de las prestaciones contractuales. Cuando el legislador ha entendido que era conveniente acordarlas lo ha hecho expresamente (arts. 954 y 1198 C.C.) ²².
- f) No cabe generalizar la doctrina del abuso del derecho sobre la base del desequilibrio sobreviniente de las prestaciones. Hay que tener en cuenta si existe intención de dañar, ausencia de interés en mantener las condiciones originales del contrato, si se ha elegido la vía más dañosa para hacerlo valer, si se han violado de manera ostensible las reglas éticas, si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca ²³.
- g) Nada hay de inmoral en que el deudor moroso sufra las consecuencias de su propia conducta ²⁴.

16 Véase nota N° 3.

17 Véase nota N° 3.

18 C. Nac. Civ., Sala D, 22-12-77, J.A., 1978 - II, p. 550; C. Nac. Civ., Sala D, 27-11-78, en L.L., diario, aS-8-78, p. 5, N° 76.191.

19 C. Nac. Civ., Sala C, 29-5-78, en L.L., diario, 10-9-79, p. 13, N° 33.240-S.

20 C. Nac. Civ., Sala C, 14-12-78, en LL., diario, 4-4-79, p. 9, N° 77.022; C. Nac. Civ., Sala C, 20-2-79, en L.L., diario, 11-6-79, p. 9, N° 77.237; C. Nac. Com., Sala 9, 10-4-78, en J.A., 1978 - IV, p. 21; SALAS, Aceel E.; Mora del Acreedor, Excesiva Onerosidad y Equidad, en J.A., 1978 - n, p. 153.

21 C. Nac. Civ., Sala C, 14-12-78, en LL., 1979 - B, N° 77.022; SUAREZ, Roberto César: Reajuste Judicial "de oficio" del Saldo de Precio en la Compraventa, su Inconstitucionalidad, en L.L., 1978 - C, p. 1039.

22 Ídem nota anterior. SUAREZ, Roberto C.: El Precio de la Compraventa Inmobiliaria y los Límites Constitucionales a la Potestad Judicial de Revisarlo, en L.L., diario del 6-6-80.

23 C. Nac. Civ., Sala C, 29-5-78, E.D., 10-9-79, N° 35.240 - S.

24 SOLARI BRUMANA, Juan A.: La Falta de Mora y la Depreciación Monetaria, en J.A., 1978 - II, p. 545.,

Se ha entendido que cuando circunstancias sobrevinientes han transformado la relación de valor en una medida tal que el equilibrio de las prestaciones no es ni aproximado, existe un atentado contra la buena fe, y que los jueces no podrían consagrarlo como acabado cumplimiento del contrato, pues éste habría perdido su sentido ²⁵. No estaríamos ante un verdadero contrato de cambio, destruido el sinalagma contractual; el acuerdo oneroso, sería ahora aleatorio o casi —totalmente, en los hechos— gratuito.

Veamos cuáles son las bases en que se asienta tal consideración.

Existe una lealtad, probidad, honestidad que constituye un standard jurídico para la apreciación de la conducta contractual derivado o inducible del comportamiento medio social, que constituye lo que ha dado en llamarse la buena fe objetiva ²⁶, por oposición a la subjetiva que deriva de un estado de conciencia consistente en la creencia u opinión, confianza en la apariencia, indicativa para el propio sujeto de que su conducta no colisiona con la prescripción legal²⁷.

En aquélla es donde enraíza la concepción de la base negocial equilibrada, del sinalagma funcional existente no sólo al momento de la concertación sino también subsistente en la llamada etapa de cumplimiento²⁸.

Ahora bien, es indudable a tenor del art. 1198 que nuestro Código ha receptado la buena fe objetiva y su aplicabilidad a lo largo de todo el iter contractual. Bien ha destacado el Dr. Mosset Iturraspe que la alusión a lo que las partes "pudieran entender" es una clara referencia a la vigencia del standard medio ²⁹. Sin embargo, la objetividad de la buena fe no se constituye en todo el proceso contractual de los mismos principios, ella impone deberes diferenciales en cada etapa. Así, la desproporción de las prestaciones en el momento de la concertación hace presumir la explotación (art. 954 C.C.). O sea, que de una circunstancia fáctica se presume una circunstancia subjetiva: la mala fe. Se trata de una presunción iuris tantum, que podría desvirtuarse por el contratante.

Enseña Betti —con criterio que compartimos— que "la buena fe entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas... pero sin embargo, si-

25 LARENZ, Karl: Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos, Madrid, Rev. Der. Privado, 1956, p. 134 y ss. MORELLO, Augusto M., op. cit., J.A., 1978 - I, p. 508.

26 MOSSET ITURRASPE, Jorge: Justicia Contractual, Bs. As., Ediar, 1977, p. 138.

27 DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis: La Doctrina de los Actos Propios, Barcelona, Bosch, 1963, p. 135.

28 MORELLO, A. M.: Problemas actuales en la Compraventa Inmobiliaria, La Plata, Lib. Ed. Platense, 1978, p. 199. MORELLO, A. M.: Mora y Buena Fe..., cit. en JA., 1978 - I, p. 507.

29 Aut. Cit.: Justicia..., cit., p. 125.

que existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguas del acreedor y deudor; el acreedor aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte" ³⁰. Pero ciertas exigencias o principios pierden en esta etapa la fuerza que tenían en otras, justamente porque la reciprocidad ha sido rota por el incumplimiento. ¿Cuál es la fuerza del principio de la equivalencia de las prestaciones en la fase del incumplimiento moroso? ¿Hasta dónde es justo afirmar que de la desproporción sobreviniente se sigue una flagrante violación de la honradez, lealtad y confianza que se deben los co-contratantes?

El primer interrogante debe ser respondido con gran cautela, pues si bien en el período obligacional normal ese equilibrio tiene gran relevancia, cuando el principio de reciprocidad ha sido violado por el desaprensivo comportamiento del moroso, su vigencia se atenúa. No se trata de consagrar el principio de que "al incumpliente ni justicia" ni "de privarlo de la vista de Dios", sino de no olvidar que la ruptura del principio de reciprocidad la ha provocado aquél que ha dejado de comportarse de acuerdo a las legítimas expectativas del contratante.

El mismo Larenz, tantas veces citado por los partidarios del reajuste en favor del moroso, no los ha acompañado a tal extremo, pues enseña: "no han de tenerse en cuenta las transformaciones de las circunstancias que: a)... b) repercutieron en el contrato tan solo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse las mismas, en mora solvendi o accipiendi" ³¹.

El segundo interrogante, es el que de responderse afirmativamente, autorizaría a apelar a la función correctiva de la buena fe objetiva, si se entendiera que las normas legales determinan una solución absurda. Las respuestas son discrepantes, como hemos visto al reseñar los argumentos de las dos posturas discrepantes. Es cierto que, en principio, parece herir al sentimiento de justicia que el comprador se quede con un bien pagando una ínfima parte de su valor, pero cuando tal hecho es totalmente inculpable, ajeno a su proceder, no buscado, sino determinado por la conducta culposa, renuente, desaprensiva y obstaculizante del propio perjudicado, no puede escandalizar la conciencia del hombre medio ³².

30 BETTI, Emilio: Teoría General de las Obligaciones, Madrid, Rev. Der. Priv., 1969, trad. de José L. de los Mozos, Tº I, p. 117.

31 LARENZ, Karl, op. cit., p. 226.

32 La respuesta positiva cae en el error de objetivar de tal manera la apreciación que reduce todo el problema a la ecuación económica, olvidando que en materia contractual el principio predominante es la imputabilidad a título de culpa.

Cabe aquí recordar con De los Mozos, que "el criterio que preside la materia tiene un alcance objetivo... pero en cada caso concreto la buena fe en el cumplimiento se torna algo subjetivo, que hay que apreciar en cada caso concreto conforme a la instrumentación de la buena fe en el ordenamiento, en la conducta de las partes" ³³.

La objetividad de la buena fe no implica total prescindencia de la apreciación concreta de las circunstancias y conductas, pues "la buena fe en este "sentido tópico" es un criterio de orientación ético-social que no puede definirse "a priori" y sí solo encontrarla en los casos concretos en el Derecho la acoge o utiliza" ³⁴.

Ello nos convence de que la alusión a la buena fe objetiva es insuficiente para concluir sin más, o sea, sin un análisis particularizado de que toda ruptura sobreviniente del equilibrio es violatoria de dicho standard jurídico.

Hay que advertir que ni siquiera en el origen del negocio el solo desequilibrio determina –sin más– el atentado a la buena fe que presupuesta la aplicabilidad del instituto de la lesión subjetiva, receptado en el art. 954 según su texto ordenado por ley 17.711. Aun a la luz de esta institución la notable desproporción sólo hace presumir uno de los dos elementos subjetivos que requiere: la explotación o aprovechamiento ³⁵, mas no dispensa de la prueba de la situación de la presunta víctima ³⁶. El peligro que pretende conjurarse con tan atinada interpretación de la norma del art. 954, puede ahora permitirse que opere por la vía de la alusión a la buena fe objetiva, pero no ya en el momento de la concertación – donde el genio jurídico romano comprendía la dificultad práctica de adentrarse en el estado de ánimo ³⁷ –, sino en el de cumplimiento, en el cual es mucho más fácil apreciar los indicios de conducta de las partes, a través de su proceder cooperativo al logro de la obtención de las finalidades del negocio.

Pretender del solo desequilibrio sobreviniente que existe aprovecha-

33 DE LOS MOZOS, José Luis, sus notas en Betti, Emilio, op. cit. p. 102.

34 DE LA VEGA BENAYAS, C.: Teoría, Aplicación y Eficacia de las Normas del Código Civil, p. 247, citado por MARTINEZ CALCERRADA, Luis: La Buena Fe y el Abuso del Derecho, su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos, en Rev. Der. Priv., mayo 1979, p. 437, nota N° 17.

35 MOXSSET DE ESPANES, Luis: **La Lesión y el Nuevo Artículo 954**, Córdoba, 1976, p. 97 y ss. MOLINA, Juan Carlos: **Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la Reforma al Código Civil**, Bs. As., Astrea, 1959, p. 125. Expresa el autor: "La sola desproporción exagerada a excesiva entre las prestaciones a cargo de una de las partes, es un hecho que por sí, únicamente, no revela en forma necesaria y evidentemente cierta que el acto viola la moral, las buenas costumbres y el orden público".

36 MOISSET DE ESPANES, L.: La Lesión..., cit., p. 99. El autor advierte el peligro de otra interpretación que se ha propiciado que implica el retorno a la vieja y desacreditada "lesión enorme" da los romanos.

37 MOISSET DE ESPANES, L.: La lesión en los actos jurídicos, Córdoba, U. N. Córdoba, 1979, p. 34 y ss.

miento es consagrar un tipo de lesión objetiva en la fase final y anormal del contrato³⁸, objetivando de tal modo la relación contractual que la reduce a una simple cuestión económica o aritmética, y desconociendo el principio de la imputabilidad que preside la responsabilidad contractual, en virtud del preponderante compromiso del hombre a través de su palabra.

V. — El ejercicio abusivo del derecho

Aproximarse a esta figura requiere normalmente una disculpa previa, pues existe una diversidad de conceptualizaciones que la convierten en una noción extremadamente huidiza, inasible en el marco de una definición. Quizás sea porque se trate de un instituto de gran movilidad y en plena evolución, acompañando a la conciencia misma del hombre, por lo cual su desarrollo y elaboración nunca está completo y acabado³⁹.

Para alguna doctrina es un criterio de interpretación del derecho⁴⁰; para otros, un principio general del mismo⁴¹; para los demás, una fuente de la responsabilidad civil. Tampoco hay acuerdo sobre los criterios que lo caracterizan debatiéndose la preponderancia entre los objetivos, subjetivos y mixtos.

Para los jueces esta teoría es un instrumento de inusitados alcances para lograr justicia. Por ello, en la problemática que nos ocupa ha jugado un destacado papel, y creemos que es desde este ángulo que requiere análisis.

Comencemos por destacar que todo acto de justicia es imperfecto, pero como ello no constituye excusa válida para dejar de hacerlo⁴², se impone aspirar tan solo a un logro limitado. No obstante, es deseable que se adquiera la mayor perfección posible en aquel acto que se realiza. En su logro, es necesario fraccionar, pues de ninguna manera el hombre puede captar la totalidad del acto real, en todas sus dimensiones; tal capacidad nos es inaccesible⁴³.

Por tanto, es necesario buscar un fraccionamiento lógico, que considere todas las pautas relevantes del problema, y si es posible, coherente con el resto de los fraccionamientos que se efectúan para juzgar la responsabilidad contractual.

38 Referido a la lesión, Conf. MOLINA, J. C., op. cit., p. 128.

39 Véase LEONFANTI, María A.: **Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva**, en "Estudios de Derecho Privado". Homenaje al Dr. Pedro León. Córdoba, 1976, p. 315 y ss.

40 MOLINA, Juan C., op. cit., p. 36.

41 LEONFANTI, M. A., op. cit., lugar cit.; LLAMELAS, J. J.: **Tratado de Derecho Civil, Parte General**, Bs. As., Abeledo Perrot, Tº 2, p. 180, Nº 1.267.

42 GOLDSCHMIDT, Werner: **Introducción Filosófica al Derecho**, Bs. As., Depalma, 1976, 5ª Edición, p. 405, Nº 422.

43 Ella pertenece sólo a Dios, que goza de la historicidad. Véase GOLDSCHMIDT, W., op. cit., p. 401, Nº 417.

Así es dable observar que la mora del obligado constituye un dato de trascendencia para fraccionar, pues ese es el momento en que del llamado reparto autónomo se pasa al autoritario ⁴⁴. Los principios de reciprocidad y cooperación pierden su virtualidad imperativa, pues una de las partes, deja, de hecho, de respetarlos ⁴⁵; entonces debe recurrirse al juez para que, por la fuerza, se cumpla con lo convenido, a lo que no se aviene el moroso. El conocimiento por el Tribunal del problema provoca el insumo de tiempo, y en épocas de inflación, deterioro del poder adquisitivo — ruptura de equilibrio y tiempo son trilogía inseparable.

No parece que resulte injusto que una pauta para el fraccionamiento sea la mora. Por otro lado, cuenta con una antiquísima tradición en tal sentido. Ella determina el traslado de los riesgos que amenazan la prestación sobre el recurrente y esto es, en sí, justo, puesto que él ha provocado que el "casus" influya negativamente sobre ella. En cambio, si la influencia hubiera sido inevitable —o sea, si hubiese perecido igualmente en poder del acreedor (art. 892 C.C.), la obligación se resuelve sin responsabilidad.

Ahora bien, ese fraccionamiento proveniente del estado de mora resulta, en principio, justificado, sin embargo, cuando aparecen circunstancias sobrevinientes que determinan que lo oneroso se vuelva aleatorio, enriqueciendo a una parte en perjuicio de la otra el desfraccionamiento es más justo. Pero ello no puede implicar un descorrimiento del velo tal que lo asimile totalmente a la operatoria de la teoría de la imprevisión, pues no es justo tratar de la misma manera al moroso que a quien no ha incurrido en mora.

Tampoco resulta coherente con los principios de la responsabilidad contractual fraccionar objetivamente la situación, prescindiendo de la conducta de las partes y haciendo un simple balance entre las prestaciones al día de resolver el entuerto.

El fraccionamiento objetivo se justifica, a veces, entre dos inocentes o entre un inocente y un culpable pero difícilmente en beneficio del culpable; la cooperación y la solidaridad no pueden imponerse a la víctima del incumplimiento en favor del incumplidor, pues se incentiva la renuencia y deteriora gravemente el principio del respeto por la palabra.

En tales casos, lo que no debe permitirse es el aprovechamiento intencional —activo o pasivo—, el cruzamiento de brazos para ver cómo el tiempo deteriora o agrava la situación del moroso. La originaria víctima del incumplimiento no debe devenir en victimaria del incumpliente.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, W., op. cit., p. 68, N° 70.

⁴⁵ En realidad lo expresa BETTI cuando manifiesta —en el párrafo antes transcrito—: "que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas".

Dentro de tales marcos la teoría del abuso en el ejercicio del derecho se muestra eficaz para alcanzar la aspiración de justicia.

En efecto, el total desequilibrio prestacional sobrevenido al estado de mora puede contrariar la finalidad del negocio oneroso, pues el destino económico social del contrato de compraventa es el cambio, y este supone dar algo valioso por un precio en equivalencia relativa ⁴⁶. La sola entrega de lo valioso por precio vil o irrisorio desnaturaliza, "prima facie", la función del negocio. Por ello, debe existir una presunción judicial de abuso en el ejercicio del derecho.

¿Pero cuál es el derecho del cual se abusa? El de reclamar el cumplimiento no lo es, según lo repite reiteradamente la jurisprudencia. El derecho que puede haber sido irregularmente ejercido se encuentra, en nuestro criterio, en los antecedentes del desenlace judicial: es el derecho de retención del saldo de precio adeudado mientras el co-contratante no cumpliera. (Arts. 510 y 1201 C.C.).

En muchos casos, sometidos a los Estrados, se advierte que la dificultad del vendedor radica en la indisponibilidad de fondos suficientes para remover los obstáculos que impiden su cumplimiento, trámites sucesorios o tendientes a la transferencia en su favor del bien prometido; un pequeño adelanto del saldo de precio podría contribuir a solucionar el problema dentro del marco de la cooperación. Otras veces, existe una pasividad especulativa del comprador que deja transcurrir un largo período antes de recurrir a la justicia. En ocasiones, incluso al hacerlo sólo ofrece el cumplimiento, pero no deposita. Todas estas pautas permiten juzgar abusiva la facultad de retener la prestación a su cargo.

También ocurre que el vendedor entretiene al comprador por largos períodos con promesas y excusas, que no es diligente en las tramitaciones necesarias, pero no remueve inhibiciones o gravámenes que pesan sobre su persona o la cosa, y un sin fin de circunstancias que mantienen al adquirente en una situación de incertidumbre acerca de su derecho, pese a su esfuerzo cooperativo.

Tratar esa variedad de casos con regla objetiva de apreciación **desequilibrio-abuso**, es objetivar la responsabilidad contractual y reducir la cooperación a la ecuación económica.

El contrato compromete un tramo de vida del hombre y esa vida debe palpase de cerca y no desde una lejanía matemática.

46 Adviértase que la cooperación en el contrato de compraventa es desigual —al decir de Goldschmidt— pues los intereses son contrapuestos. "Compradores y vendedores tienen intereses diversos: unos desean comprar lo más barato posible, y otros desean vender lo más caro que puedan", como lo expresa el autor citado, op. cit., p. 66, N° 68.

Las vertientes objetivas del abuso del derecho, tan útiles instrumentos de justicia en muchos ámbitos, no rinden frutos adecuados en el ejercicio del derecho al cumplimiento del contrato, donde un criterio mixto se muestra eficaz ⁴⁷. Pero en el tramo patológico del cumplimiento del contrato, un tinte subjetivo resulta imprescindible para no asimilar lo desigual ⁴⁸. Creemos que en la apreciación de ese ánimo es necesario juzgar la actitud especulativa —activa y omisiva— que evidencia el animus lucrandi indiferente al daño que sufre el co-contratante ⁴⁹.

VI – Perspectivas Procesales

Como lo hemos adelantado introductoriamente, resta por considerar la cuestión procesal, o sea, si existe la posibilidad de que el juez introduzca de oficio la argumentación de que la pretensión es abusiva.

Entra en juego aquí, el alcance del principio dispositivo. Según éste, en su vertiente material, el justiciable dispone de sus derechos subjetivos mediante el ejercicio o no de la acción, su renuncia o transacción, etc., incentivando o no la tutela jurisdiccional del Estado ⁵⁰; en tanto, que en su vertiente formal, las partes determinan soberanamente la aportación de hechos y pruebas, fijando de ese modo el límite de la relación procesal⁵¹.

Por supuesto, tal principio encuentra su límite en el orden público y el perjuicio de terceros —los cuales quedan a salvo aún en caso de alla-

47 Comparar Molina J. C., op. cit., pp. 95 y ss. El autor establece una distinción entre la nulidad del acto abusivo y la responsabilidad que de él surge. “Una cosa —dice— es la nulidad y otra la responsabilidad de reparar los daños y perjuicios derivados de un acto ilícito, pese a las especiales vinculaciones que se dan entre ambas figuras”, para la segunda requiere que el acto sea imputable a título de dolo o culpa.

48 Ha sostenido, recientemente Luis MARTINEZ CALCERRADA (“La Buena Fe y el Abuso del Derecho,..”, cit. en nota 34, lug. cit., p. 455), que “el esbozo que se transcribe sobre diferencias entre ambas figuras tiene, a veces, que resaltar los perfiles más frecuentes que se plantean en la vida real aunque —se admite— puedan no justificarse técnicamente y en esa línea, parece más verosímil que en las situaciones ciertas de ejercicios abusivos, el titular ejerciente traspasa los límites normales de ejercicio de su derecho, por su afán desmedido o excesivo en procurarse un beneficio a ultranza”.

49 Conf. MARTINEZ CALCERRADA caracteriza así la actitud o conducta: “En el abuso del derecho, el ejerciente desarrolla una conducta —acto u omisión— en base a un uso anormal o antisocial de su derecho para procurarse, con el goce o aprovechamiento del mismo, un beneficio, con independencia, en su caso, del resultado dañoso que produzca al tercero”, “por la intención”. En el abuso del derecho el ejerciente persigue a toda costa la obtención de un beneficio desmedido o anormal —animus lucrandi— al margen o no del daño que cause” (op. cit., p. 455).

50 LOUFAYF RANEA, Roberto G.: Principio dispositivo, en Rev. de Estudios Procesales, N° 12, p. 42; PEYRANO, Jorge W.: El Proceso Civil. Principios y Fundamentos”, Bs. As., Astrea, 1978, 54.

51 PEYRANO, Jorge, op. cit., p. 55

namiento ⁵² — y a la primera categoría pueden asimilarse las buenas costumbres ⁵³.

Pensamos que, sin perjuicio de la presunción que puede surgir del desequilibrio entre las prestaciones, no hay compromiso a las buenas costumbres cuando las prestaciones no aparecen como equivalentes ⁵⁴, al momento del reclamo judicial.

El orden público no llega a afectarse pues el bien común no depende de la justicia de cada uno de los tratos entre particulares. Si así lo fuera, el juez no podría ni siquiera aceptar el allanamiento del vendedor ante reclamo del comprador por la escrituración ofreciendo cumplir la prestación dineraria nominal, lo cual nos parece francamente imprudente y exagerado. En efecto, si el desequilibrio inicial sólo crea una limitada presunción de explotación ¿cómo sostener que el sobreviniente a la mora, convierte sin más atentatoria contra el bien común a la pretensión? Es más, cuando las partes no proponen cuestión alguna al respecto, es generalmente porque tienen algún motivo para ello, pues ellas son las más interesadas en la justicia conmutativa del negocio, conocen el valor subjetivo que puede haber tenido en su momento la parte cumplida de la prestación y la conducta que mutuamente han observado a lo largo del iter contractual.

Se repite con frecuencia que el principio dispositivo es hijo del liberalismo individualista y que está en franca superación por una corriente solidarista. Hacemos votos para que se supere el individualismo sin la pérdida de la libertad. Pero tampoco es posible ignorar la posición del juez ante la prueba arrimada al proceso; en reciente fallo el Dr. Gualberto Lucas Sosa recordaba las enseñanzas de Carnelutti, que describía la situación diciendo: "en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas; detrás de él, el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba"⁵⁵.

Quien está dentro de ese cerco no puede más que ser humilde en cuanto al alcance de su conocimiento de la verdad negocial y, esa hu-

52 Art. 307 C.P.C.C.N.; Art. 81 C.P.C. Mza., LOUFAYF RANEA, R. G., op. y lug. cit., p. 42; PEYRANO, J. W., op. cit., p. 55

53 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., PAREELA DA, Carlos A.: La oportunidad procesal para plantear la prescripción, en J.A., 1979 - III, p. 385, Cap. IV - a.

54 Nos apoyamos para ello en la firmeza del art. 954 del C.C., que consagra sólo una presunción cuando el desequilibrio es originario. Con mayor razón, cuando resulta sobreviniente al estado de mora. En contra, el Dr. Atilio A. ALIERINI ha sostenido que Si en tales supuestos puede apelarse a la improponibilidad objetiva de la demanda. ("El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente", en L.L., 1978 - C, p. 49).

55 CARNELUTTI, Francesco: La prueba civil, Bs. As., Arayú, 1955, XVIII; C. 2º Civ. y Com., La Plata, Sala 1º, 14-9-79, en J.A., 1980 - I, p. 15.

mildad, que no es irresponsabilidad, debe reconocer que quienes la conocen son las partes, quienes han podido "averiguar", él sólo "verificar"⁵⁶ lo que aquellos afirman.

Además, el principio dispositivo está conectado con el de contradicción, pues al ser las partes quienes afirman hechos que pretenden probar, cada una de las afirmaciones de una se comunican a la otra quien puede negar y contraprobar. "De tal modo —dice Peyrano— el sentenciador puede escuchar el tañido de todas las campanas, para así elegir aquella cuyo sonido considere más grato a la justicia"⁵⁷ por este medio, el cerco se amplía dando mayor margen de conocimiento y permitiendo al juez mayor certeza acerca de la realidad negocial.

No cabe extenderse al respecto, el derecho de defensa ha sido definido por medio del principio de contradicción, pues engloba su esencia misma. Así ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente que ella consiste en la oportunidad de ser oído, defenderse y probar que deben tener ambas partes^{57 bis}.

Aquella íntima conexión entre proceso dispositivo y respeto del principio de contradicción, se ve clara en la incongruencia, o sea, cuando no media identidad entre la materia, partes y hechos de la litis trabada y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima⁵⁸. En efecto, cuando se falta al principio de congruencia por exceder el marco que las partes determinaron a la controversia se afecta a la defensa en juicio⁵⁹.

56 SANTIS MELENDO, Santiago: La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio", Bs. As., E.J.E.A., 1978, pp. 202-203, especialmente en nota N° 89. Conf. MORELLO, Augusto M.: Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, p. 67

57 PEYRANO, J. M., op. cit., p. 146.

57bis Conf. C.C., Bs. As., 18-12-73; en J.A. 22-1974, p. 500, S.C. Mza., 8-11-76, en L.L., T° 129, p. 1000.

58 Casi textual de PEYRANO, J. M., op. cit., p. 64.

59 Conf. MORELLO, Augusto M.: Prueba..., cit. p. 54. Resulta igualmente superfluo destacar el valor de la defensa en juicio, no sólo en cuanto a la fortaleza normativa que deviene de su carácter de derecha constitucional y, consecuentemente, de máxima consistencia sino como emanación de la personalidad del ser humano. Decía al respecto el Dr. L. PIETRO CASTRO, refiriéndose a las muchas oportunidades en que los planteos de incongruencias eran infundados: "pero incluso cuando así sucede no podría afirmarse que el trabajo jurisdiccional sea inútil, ya que es buena y saludable toda oportunidad de proclamar el sagrado respeto que debe merecer la personalidad humana en sus derechos subjetivos, para garantía del progreso y de la paz social". (El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción, en Rev. de Dcho. Privado, T° XIX, p. 981.

En el mismo orden de ideas el Dr. Roberto César SUAREZ coronaba un trabajo muy fundado respecto al tema que nos ocupa diciendo: "En estos instantes históricos, en el que el país transita por senderos de desarrollo y recuperación, el afianzamiento de los derechos esenciales, entre ellos el derecho a un debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.), permitirá evidenciar ante el mundo que los jueces argentinos son celosos custodios de los "derechos humanos" entre los cuales se encuentran incluidos los indicados". (Reajuste Judicial "de oficio" del saldo de precio en la compraventa: su inconstitucionalidad", en L.L. 1978 - C, 1046.

En cuanto a la facultad de introducir oficiosamente el ejercicio abusivo de los derechos el problema radica en la imposibilidad en que se encuentra el ejerciente de demostrar que su ejercicio es regular, que le asisten motivos legítimos. Del desequilibrio de las prestaciones surge sólo una presunción, pero debe brindarse la oportunidad al actor de desvirtuarla, acreditando que su conducta ha sido leal, consonante con los principios de la buena fe ⁶⁰. Tal privación atenta gravemente contra el principio de contradicción.

Asimismo, si nada piden las partes a ese respecto y sólo se cuestiona por el vendedor demandado el rechazo de la acción de escrituración fundado en otros motivos, el juez no puede arrogarse la facultad de disponer "de oficio" un reajuste no solicitado, pues ello importa claramente la violación del principio de congruencia por exceso o demasía, al resolverse una pretensión no deducida en el proceso. Pronunciamientos tales como este dan lugar, sin duda, a una sentencia arbitraria⁶¹.

La jurisprudencia ha receptado desde antiguo estos criterios y los ha reiterado recientemente al decidir que "corresponde revocar la decisión producida por el juez de primera instancia que, luego de rechazar la pretensión anulatoria del contrato fundada en lesión subjetiva, que la sentencia considera no configurada, se pronuncia acordando un reajuste monetario del saldo del precio debido, a favor de quien invocó la lesión, sin pedimento de la interesada. Ello importa una solución incongruente con los términos en que quedó trabado el pleito, con violación de la garantía de la defensa en juicio de la contraparte al ser condenada sin haber sido demandada sobre el punto" ⁶². La Sala B de la Cámara Nacional Civil ha resuelto que "si en la demanda o en el responde no se pidió el incremento del saldo de precio para el caso que se ordenara el perfeccionamiento de la promesa de venta, no puede ello pedirse en la

60 CARRANZA, Jorge A.: Abuso del Derecho (arts. 1071, 2513, 2514 del Cód. Civil según la Ley 17.711) en JA. 3-1969, p. 673, especialmente N° 7. Ni siquiera los defensores de las teorías objetivas dejan de lado la necesidad de escuchar al presunto ejerciente abusivo. Véase al respecto Jossierand, Louis, "L'sprit des droits et de leux relativité", París, Dalloz, 1939, 2^a ed., p. 428, N° 319.

61 Véase CARRIO, Genaro R.: **El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria**, Bs. As., Abeledo Perrot, 1978, 2° Edición, actualizada con la colaboración de Alejandro Carrió, p. 117 a 143; Conf. SUAREZ, Roberto C.: **Reajuste...**, cit., en L.L., 1978, C., p. 1044. BONET NAVARRO, Angel: **Una Perspectiva de la Sentencia Civil**, en Rev. de Derecho Privado, abril 1980, p. 379 y ss. El autor dice: "La incongruencia se da, pues —en primer lugar— en la sentencia cuando ésta constituye un exceso en la vibración inferida por las partes a sus peticiones, al dar más de lo pedido por el actor", pero habría aclarado previamente que lo dicho para la acción "podría decirse de la excepción" (p. 395).

62 C. 1° Civ. y Com. Bahía Blanca, 7-3-78, J.A., T° 1979 - I, p. 142, C. 1° Civ. Com. Minería San Juan, 26-6-79; C. Nac. Civ., Sala D, 17-10-78, L.L. 30-4-79, N° 77.103.

ejecución" ⁶³ . Por su parte, la Sala D de la Cámara Nacional Comercial, sostuvo que "la posibilidad de que la justicia corrija las consecuencias disvaliosas de los contratos por contingencias acaecidas luego de su celebración, requiere cuando menos petición de las partes. Los jueces no están autorizados a imponer a las partes una voluntad convencional" ^{63 bis} .

En el mismo sentido la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que "la sentencia por la cual se declaró que el punto atinente de abuso del derecho quedó excluido de los términos de la litiscontestación, sin que se haya impugnado ese aspecto del pleito, es insusceptible de arbitrariedad por omisión de pronunciamiento" ⁶⁴ , o sea, que no es algo que deba el juez analizar de oficio, pues de lo contrario existiría. Mas recientemente, el Alto Tribunal ha resuelto que no habiéndose invocado el abuso del derecho no corresponde otorgar un reajuste del saldo de precio, pues se impide al actor "la posibilidad de desarrollar las alegaciones o defensas que estimara conducente sobre el punto" ⁶⁵ .

Estos criterios no pretenden excluir la vigencia de una "jurisdicción de equidad" que ha sido receptada por la reforma en varios casos, sino que ella como toda jurisdicción se ejerza dentro de los límites constitucionales ⁶⁶ . La equidad no autoriza dejarlo de lado todo, sino a despojar de rigorismo las disposiciones legales para adaptarlas a las circunstancias del caso, y esa adaptación requiere ineludiblemente que aquellas sean conocidas —realmente— y para ello que el conocimiento llegue al juez por medio de las partes. Esa "jurisdicción de equidad" no es otra jurisdicción diversa de la que establece nuestra constitución⁶⁷.

Es la equidad la que determina a no juzgar abstractamente, sino a aproximarse a las circunstancias de cada relación negocial para advertir no sólo una ecuación económica sino también el comportamiento de las partes en el marco cooperativo del contrato⁶⁸.

63 10-11-77 en J.A., 1978 - III. Indice, p. 70, N° 62.

63 bis 12-9-78 en L.L., 1978 - D, p. 217; C. Nac. Civ., Sala C, 20-2-79, en L.L., 11-6-79, p. 9, N° 77.237

64 Fallos 250:93.

65 27-12-79 in re "Borroni, Juan Miguel c/ Vieyra Casado, Omar Eugenio y otra", y 1-4-80 in re "Fritzza, Juan Carlos c/ Rodríguez de Doallo, Josefina", ambos en L.L. diario del 6-6-1980, fallos N° 78.377 y 78.378 con nota de SUAREZ, R. C., ya citado.

66 SUAREZ, R. C.: El Precio..., cit. en L.L. diario, 6-6-80, p. 13.

67 PEYRANO, J. W., CHIAPPINI, Julio O.: La **Jurisdicción de equidad** o la Vuelta del Pretor, en L.L. diario del 24-4-80, p. 1.

68 Enseña MOSSET DE ITURRASPE que la buena fe objetiva admite la invocación de la "torpeza" de los débiles y no de los picaros y aclara en nota "empero para no confundir "picaros" con débiles", será, preciso adentrarse en las circunstancias del caso, conocer en detalles el diferendo planteado, la situación de las partes y todo lo que rodea a la cuestión fríamente presentada en el expediente...". "Justicia...", cit. p. 151 y nota N° 77).

VII - Conclusión

1º) El abuso de derecho no se configura, en todos los ámbitos en que se aplica, en la misma forma. Si bien, en principio, no es necesaria la prueba del elemento subjetivo —dolo o culpa —, debe brindarse oportunidad al presunto abusante de probar la regularidad del ejercicio intentado del derecho, mediante la acreditación de su conducta leal, consonante con los principios de buena fe y de los motivos legítimos que la han inspirado.

2º) En el ámbito del ejercicio del derecho de reclamar el cumplimiento de los contratos el desequilibrio sobreviniente es una pauta relevante para juzgar que existe abuso, más no puede ser única.

3º) Para que se configure debe existir una actitud especulativa —activa u omisiva— que evidencie el animus lucrandi indiferente al daño que se ocasiona.

4º) Viola el derecho de defensa —al dejar de lado los principios de congruencia y contradicción— la sentencia que dispone el reajuste del precio fundada en el abuso de derecho del demandante, si la cuestión no fue propuesta por las partes al momento de la traba de la litis, al privar a aquél de la oportunidad de destruir la presunción que surge de la mentada desproporción.

5º) En los casos en que el acreedor de la prestación dinerada se encuentre en mora debe analizarse la regularidad del ejercicio de derecho que confieren al deudor los arts. 510 y 1201 del Código Civil.